

A proposta e o convite a contratar no contrato de compra e venda internacional de mercadorias*

Autora: Lavínia Cavalcanti Lima Cunha

Servidora do TJ de Alagoas, Professora Universitária

Publicado na Edição 19 - 27.08.2007

Sumário: Introdução. 1 Conceituações. 2 Requisitos da proposta contratual. 2.1 Endereçamento. 2.2 Precisão. 2.3 Intenção. 3 Oferta ao público. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

A fase imediatamente anterior ao consentimento, na qual as declarações de vontade são emitidas, é a fase da formação do contrato, que abrange as negociações preliminares, a proposta e a aceitação. Vários são os modos que esses três momentos podem surgir nas relações jurídicas negociais, o que dependerá, apenas, da intenção das partes.

Assim sendo, é facultado às partes, pelo princípio da liberdade de contratar,(1) o estabelecimento de uma longa negociação preliminar, que culmina em uma proposta; ou é possível eliminar a fase de negociações preliminares e iniciar a relação jurídica negocial através da proposta; outras vezes optam as partes por realizarem declarações instantâneas, tornando-se impossível identificar a parte proponente e a aceitante;(2) dentre as inúmeras outras possibilidades que as partes detêm, é-lhes facultado, ainda, realizarem acordos intermédios(3) apenas acerca de alguns pontos e continuarem negociando sobre outros.

A maior parte dos ordenamentos jurídicos da civil law, no entanto, optaram por disciplinar apenas a fórmula clássica(4) de formação do contrato, como ocorreu com o Código Civil português (CC Pt), o Código Civil brasileiro (CC Br) e, até, com a Convenção das Nações Unidas Sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias.(5)(6)

O processo clássico de formação do contrato segue um caminho ou processo cujo início é normalmente assinalado pelas negociações preliminares até que uma das partes formule uma proposta definitiva, seguida da aceitação e, com isso, atinjam o consentimento – oportunidade na qual o contrato resta celebrado. Representa-se a fórmula clássica como: proposta + aceitação = consentimento. Como se percebe, a fase de negociações preliminares é a única dispensável

e é a mais flexível, pois, diferentemente da proposta e da aceitação, pode ser ampliada, reduzida ou até eliminada pela vontade dos negociantes. Conseqüentemente, entre as etapas da proposta e da aceitação paira toda a discussão sobre o momento em que as vontades se conjugam para criar o contrato e sobre a força obrigatória do mesmo. É por isso que a formação do contrato é o momento mais importante do processo de ajustes de vontades.(7)

O modelo clássico, no entanto, carrega no seu âmago uma simplicidade não condizente com a realidade da maior parte dos contratos internacionais, haja vista que na prática, por vezes, é impossível identificar a parte proponente e a aceitante, traduzindo-se ambas as partes em proponentes e aceitantes concomitantemente; ou as partes realizam acordos intermédios; ou ainda se torna difícil reconhecer a própria existência do consentimento – como na battle of the forms(8) –, o que pode obstar a própria identificação do aceitante.

Por ser o único modelo regulamentado de formação do contrato, o modelo clássico parece representar a única possibilidade admissível às partes de formar um contrato na análise tanto da Convenção, quanto do CC Pt e do CC Br, entretanto, não passa de mais uma das faculdades das partes.(9) Nesse sentido, o próprio UNCITRAL deixou claro que a Parte II da Convenção não indica que a conformidade com suas previsões é a maneira exclusiva de celebrar um contrato regido pela Convenção.(10)

Todavia, considerando que nossa investigação visa analisar a proposta e o convite a contratar no contrato de compra e venda internacional sob a perspectiva comparada da Convenção, do CC Br e do CC Pt e que em todos esses ordenamentos jurídicos a fórmula clássica foi a única regulamentada, outro não poderia ser o enquadramento do tema, senão nos limitarmos à análise da proposta e do convite a contratar no processo clássico de formação do contrato.

Pode-se imaginar que nossa tarefa restaria facilitada por isso, contudo, o contrato de compra e venda internacional é muito mais complexo do que outros contratos não-internacionais, pois envolve idiomas, culturas, condutas, costumes e valores altamente diversos, para não mencionarmos a desigualdade das legislações. Todos esses fatores dificultam sobremaneira a negociação internacional, que, diversamente dos contratos não-internacionais, se inicia dos mais diversos modos e se altera em decorrência da grandeza internacional das empresas envolvidas. Normalmente, a fase de negociações preliminares é muito mais extensa nesses tipos de contratos e a partir do contato inicial e a verificação de um interesse, inicia-se uma intensa troca de informações sobre as mercadorias, as exigências de

comércio, a legislação aplicável, custos, dentre inúmeros outros fatores.(11) Segundo a descrição de Arthur T. von Mehren, nesse tipo de contratação internacional “the matching of purposes becomes not the dramatic achievement of one climatic moment, but rather, a gradual maturing through repeated discussions in which many party representatives participate”.(12)

O exame da matéria, no entanto, está restrito à Convenção e aos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, não obstante eventualmente ingresse em outros sistemas jurídicos para dilatar a visão do assunto.

1 Conceituações

Proposta é a declaração unilateral de vontade que uma pessoa dirige a outra(s) com quem tenciona contratar.(13) Trata-se do elemento inicial do processo clássico de formação do contrato(14) e a partir do qual a parte demonstra seu interesse em contratar e provoca o destinatário da proposta a exprimir (expressa ou tacitamente) uma vontade.

Não obstante a proposta delimitar o início do processo clássico de formação do contrato, ela não representa necessariamente o início do diálogo das partes, haja vista que tal pode ser anterior a qualquer declaração, como ocorre freqüentemente depois de um convite a contratar – momento no qual as partes discutem, refletem, fazem cálculos e estudos, mas sem qualquer vinculação jurídica, imperando, assim, a liberdade de contratar.

O convite a contratar, assim, é uma declaração que indica disposição em iniciar um processo de negociação com vista à futura conclusão de um contrato, porém, sem qualquer compromisso na celebração do mesmo ou a seu conteúdo como inteiramente combinado, haja vista que nesta fase as partes detêm a liberdade de contratar.(15)

Contrariamente ao convite a contratar, quando a proposta contratual se torna eficaz, configura-se obrigatória, vinculando o proponente a cumpri-la. Assim, a distinção entre proposta contratual e convite a contratar não é prontamente perceptível no caso concreto, porém, detém grande relevância jurídica, pois, a depender da figura, os efeitos jurídicos, em especial os vinculatórios, serão diversos. Exatamente em virtude da importância na diferença eficaz das figuras e nas dificuldades existentes em distingui-las é que se busca traçar os seus requisitos, com o intuito de afastar qualquer miscelânea.

2 Requisitos da proposta contratual

A Convenção foi feliz ao listar as características essenciais que permitem verificar quando estamos diante de uma proposta tendente à conclusão de um contrato, e não de um convite a contratar. De acordo com o art. 14º da Convenção,(16) três são os requisitos a serem preenchidos para caracterização de uma proposta contratual: 1) quando seja dirigida a uma ou várias pessoas determinadas; 2) que seja suficientemente precisa; e 3) que indique a vontade de o seu autor se vincular em caso de aceitação.

2.1 Endereçamento

O primeiro requisito a ser avaliado é o endereçamento da proposta, de tal forma que, se for possível identificar clara e especificamente o destinatário da mesma, restará o requisito preenchido e, possivelmente, estaremos diante de uma proposta contratual. Não obstante ser o único requisito citado pela própria Convenção para diferenciar a proposta contratual do convite a contratar – haja vista que, sendo a proposta dirigida a pessoas indeterminadas, ela simplesmente deixaria de ser proposta e não passaria de um convite a contratar, salvo se o proponente tiver indicado claramente o contrário e preencher os demais requisitos,(17) não pode ser tido como o principal requisito, pois se trata de fator subsidiário da vontade das partes – que seria o principal.(18) Dessa maneira, não se pode defender como regra geral e absoluta que toda declaração enviada para pessoas determinadas se trata de proposta, enquanto toda declaração enviada a pessoas indeterminadas corresponda a convite a contratar, pois pode ocorrer de uma declaração ao público ser considerada uma proposta contratual – caso seja a vontade assumida do seu autor, para além de que, possível ainda que um convite a contratar seja remetido a pessoas determinadas –, fato este mais corriqueiro do que o anterior em âmbito internacional. O endereçamento, então, trata-se de requisito relativo e acessório.

De todo modo, para cumprir o requisito de ter de ser enviada «a uma ou várias pessoas determinadas» é irrelevante o número de destinatários, pois a declaração não deixará de ser proposta ainda que milhares sejam enviadas; o importante é que as propostas estejam restritas aos destinatários.(19)

2.2 Precisão

Quanto à proposta ser “suficientemente precisa”,(20) trata-se de termo vago, haja vista que vários são os critérios que poderiam mensurar a precisão da proposta. No entanto, para evitar o uso de diversos critérios – até mesmo porque o intuito da Convenção foi o de uniformizar a compra e venda internacional e evitar dificuldades, é a própria Convenção quem determina na segunda parte do seu art. 14º o significado da expressão “suficientemente precisa” como aquela

proposta que: 1) designa as mercadorias e 2) expressa ou implicitamente fixa a quantidade e o preço ou dá indicações que permitam determiná-los. Desse modo, havendo indicação da mercadoria, da sua quantidade e do preço, a proposta considera-se suficientemente precisa, haja vista que tais elementos representam a *essentialia negotii*, ainda que outros termos objetivamente considerados relevantes tenham sido omitidos. Caso a Convenção não pormenorizasse o significado da expressão “suficientemente precisa”, estaria seguindo um caminho inseguro e duvidoso – não condizente com as relações internacionais do comércio.

As fixações da quantidade e do preço, porém, não necessitam ser determinadas expressamente, podendo ser indicadas implicitamente ou, ainda, de modo a ser determinável no futuro.⁽²¹⁾ Práticas reiteradas das partes também podem suprir a falta de detalhes de quantidade, qualidade e preço.⁽²²⁾ No entanto, pode ocorrer de um contrato ser celebrado sem qualquer alusão ao preço (implícita, explícita ou através de práticas reiteradas), não obstante ser o mesmo um dos requisitos da proposta contratual. Trata-se de um dos problemas mais controversos da Convenção, uma vez que o art. 14, n° 1, estipula que o preço é requisito essencial da proposta, todavia no art. 55 admite a existência de contrato “sem preço”, aparentando existir uma contradição entre os dispositivos. Essa contradição, contudo, é inexistente.

Pela regra geral do art. 14, n° 1, uma declaração que não contenha qualquer indicação do preço não pode ser considerada uma proposta contratual. Seria consequência lógica dessa afirmação, então, que uma eventual aceitação a uma “proposta sem preço” não conduziria à celebração do contrato, posto que não poderia sequer ser considerada proposta. Ledo engano. A aceitação a uma “proposta sem preço” pode acarretar a celebração do contrato,⁽²³⁾ mas desde que preencha os outros requisitos inerentes à proposta e, principalmente, demonstre a vontade das partes de se vincularem, pois o art. 14 não proíbe às partes “celebrarem um contrato” que demonstre a vontade de vinculação, mas que não contenha preço. Nesses casos, então, aplica-se a regra do art. 55, que funciona como substitutivo da autonomia das partes na determinação do preço, considerando que as partes se referiam tacitamente ao preço habitualmente praticado no momento da conclusão do contrato, para as mesmas mercadorias vendidas em circunstâncias comparáveis, no ramo comercial considerado.

Contudo, a disposição do art. 55, ao dispor que “se presume a vontade das partes”, termina por remeter, em certa medida, à tradicional teoria da vontade implícita no que respeita à resolução do contrato e que sustenta essencialmente que em todo contrato bilateral existiria uma condição implícita decorrente da presumível

vontade das partes de que o não-cumprimento por uma delas autorizaria a outra a promover a sua resolução, apesar de isso não ter sido acordado expressamente. Os principais adeptos dessa posição foram os autores da escola da exegese e alguns tratadistas franceses ulteriores. Esse entendimento foi defendido pelos comentaristas do CC de Seabra, tendo, no entanto, perdido espaço a partir do surgimento do novo CC Pt, de inspiração germânica. A maior parte da doutrina brasileira também a defende, apesar de que tal é realizado quase de modo automático – como se discussão não houvesse. No entanto, tantas e tamanhas são as críticas a essa teoria que Rafael Alvarez Vigaray⁽²⁴⁾ chega a mencionar o abandono dela. Não obstante isso, sucumbiu a Convenção a essa ficção legal injustificável.

Para evitar esse tipo de ligação e ser mais precisa cientificamente, a Convenção poderia ter se omitido em mencionar que o problema se resolveria mediante presunção da vontade das partes, pois não se pode presumir que haja uma vontade “implícita” em todo contrato bilateral que não detenha o preço, haja vista que isso gera uma extrapolação injustificável da dimensão da vontade das partes. É a norma jurídica (art. 55 da Convenção) que autoriza e fundamenta os critérios de determinação do preço na hipótese de as partes terem se omitido, e não a vontade implícita das mesmas. Deveria a Convenção, então, ter apenas determinado que, na falta de qualquer preço determinado ou determinável, aplicar-se-ia aquele praticado habitualmente no momento da conclusão do contrato.⁽²⁵⁾

Retornando à análise do requisito “suficientemente preciso”, não obstante estarmos diante da necessidade de completude da proposta contratual – que difere da necessidade de completude do contrato, não podemos deixar de notar que a Convenção felizmente preferiu adotar critérios objetivos para tal, assim como o fez o CC Br no que toca ao momento da celebração do contrato de compra e venda (ao estipular que o mesmo restará celebrado desde que as partes atinjam o consenso quanto ao objeto e ao preço – art. 482), mas contrariamente ao que o CC Pt adotou no seu art. 232º, o qual estipula critério subjetivo ao dispor que o contrato fica concluído quando as partes houverem acordado em todas as cláusulas sobre as quais “qualquer delas tenha julgado necessário o acordo”.⁽²⁶⁾

2.3 Intenção

O último requisito trata-se do mais importante exigido pela Convenção e cinge-se à indicação da intenção do autor da declaração se vincular em caso de aceitação. Trata-se do critério básico para caracterizar uma proposta; segundo John Honnold, seria o critério decisivo quando existisse dúvida entre os nos 1 e 2 do art. 14 da

Convenção,(27) ou seja, entre ser a declaração uma proposta contratual ou um convite a contratar.

Diferentemente do requisito anterior, é tratado pela Convenção de forma subjetiva,(28) sem qualquer critério que oriente como avaliar a intenção. A palavra-chave neste requisito é “indicação”, posto que não impinge a idéia rígida de certeza, mas a flexível noção de presunção, de tal forma que a intenção pode ser levada a crer por algum elemento constante na declaração ou alguma circunstância relevante durante ou após a formação do contrato.(29)

Não obstante ser preferível a utilização do termo “indicação” em vez de “certeza”, ainda assim o destinatário da declaração não poderá restar integralmente garantido acerca da real intenção, o que termina por conduzir a uma situação de desequilíbrio negocial ou injustiça posicional, haja vista que o ônus de identificar corretamente uma proposta recai todo sobre o destinatário da mesma: se calhar de ele acertar a intenção da declaração pode colher os frutos de seu bom juízo; no entanto, se cometer um erro de avaliação, há de arcar exclusivamente com o prejuízo, o que ocorreria, a título de exemplo, se o mesmo entendesse tratar-se determinada declaração de uma proposta e enviasse a respectiva aceitação e, considerando encontrar-se o contrato concluído, iniciasse a execução do contrato, quando, na verdade, aquela declaração referia-se a um convite a contratar “suficientemente preciso”. Conseqüentemente, as partes mal haviam iniciado uma negociação e o destinatário já considerava o contrato celebrado.

Como compreensivamente inexistente qualquer lista (numerus clausus ou exemplificativa) das expressões que indiquem a intenção do autor, surgem inúmeras dificuldades concretas na aplicação deste requisito, como se percebe nos exemplos mencionados por Bianca & Bonnel.(30) Assim é que, não obstante a declaração enviada pela parte A à B conter que aquela primeira “pensa” em lhe vender 5 toneladas de feijão por R\$ 150.000,00 e depois perguntar à B “o que ele pensa?”, preenchendo o segundo requisito de uma proposta contratual (e possivelmente também o primeiro), ainda assim não poderá ser considerada proposta, haja vista inexistir indicação da intenção do autor de se vincular em caso de aceitação, devendo apenas ser considerado um mero convite a contratar.(31) É óbvio, assim, que todas as declarações dependem de interpretação da declaração(32) e da conduta das partes para verificação da “indicação da intenção”, no entanto, os ônus de uma má interpretação recaem exclusivamente sobre os destinatários das mesmas, causando o mencionado desequilíbrio negocial ou injustiça posicional.

Diversamente da técnica utilizada pela Convenção, os ordenamentos jurídicos português e brasileiro não estipulam os elementos

necessários para a caracterização essencial de uma proposta contratual.

Considerando que as disposições da Convenção são mais indicadas ao comércio internacional, por serem mais pormenorizadas do que as disposições do CC Br (que apenas traz um único requisito), percebe-se que as disposições do CC Pt a respeito são ainda mais incipientes, em especial porque não trazem qualquer requisito – mesmo de conteúdo negativo – que indique os critérios para identificação de uma proposta contratual, deixando esse encargo exclusivamente para a doutrina.

De uma forma geral, contudo, podemos asseverar que a proposta neste ordenamento há de ser séria e precisa,⁽³³⁾ devendo conter as linhas estruturais do negócio para que o contrato possa considerar-se perfeito. Essa idéia pode ser encontrada no art. 232º do CC Pt – que determina que o contrato não fica concluído enquanto as partes não houverem acordado em todas as cláusulas sobre as quais qualquer delas tenha julgado necessário o acordo.

Já o art. 482 do CC Br é mais expresso ao prescrever que a compra e venda se considerará perfeita desde que as partes acordem acerca do objeto e do preço. De todo modo, podemos perceber que os requisitos adotados nesses ordenamentos se coadunam com os requisitos dispostos na Convenção acerca de a declaração deter uma intenção séria e definitiva de contratar e ser suficientemente precisa.

Os requisitos explicitados necessitaram ser esmiuçados com maior cuidado para que a tarefa de diferenciar a proposta contratual do convite a contratar seja melhor realizada, haja vista que ambos possuem efeitos jurídicos opostos: enquanto a proposta contratual obriga, o convite a contratar assim não o faz.⁽³⁴⁾ Destarte, após a análise dos requisitos da proposta contratual e da percepção da importância prática na diferenciação entre a mesma e o convite a contratar, analisemos a figura da oferta ao público.

3 Oferta ao público

Segundo o art. 14, nº 2, da Convenção, uma proposta dirigida a pessoas indeterminadas é considerada apenas convite a contratar, salvo se houver declaração contrária expressa. Assim, para os efeitos da Convenção, sempre que uma proposta for enviada a pessoas indeterminadas trata-se de oferta ao público. A oferta ao público é aquela que não permite identificar o seu destinatário; pode ser realizada através de panfletos deixados nas caixas de correio, através de anúncios nos jornais etc.

Não obstante Ferreira de Almeida criticar que inexistia razão para classificar uma oferta ao público como convite a contratar,⁽³⁵⁾ acreditamos que tal tenha sido necessário no âmbito da Convenção por representar uma solução para a uniformização do conflito entre os sistemas legais que acolhem e os que enjeitam as ofertas ao público, o que não se justificaria no âmbito dos ordenamentos jurídicos brasileiro ou português.

O CC Br admite expressamente a oferta ao público, contudo, no seu art. 429, estipula de forma diversa da Convenção e não difere as declarações dirigidas ao público das declarações dirigidas a pessoa ou pessoas determinadas. Assim sendo, a oferta dirigida ao público equivale a proposta, e não a convite a contratar (como ocorre na Convenção), mas desde que encerre os requisitos essenciais ao contrato e salvo se o contrário não resultar das circunstâncias ou dos usos. No entanto, assim como no CC Pt, a oferta ao público no ordenamento jurídico brasileiro possui algumas especificidades, como o regime da revogação, a possibilidade de reservas quanto ao estoque e ao prazo para aceitação.⁽³⁶⁾

O CC Pt admite a oferta ao público, como demonstra o seu art. 225º, porém, no nº 3 do art. 230º, dispõe apenas acerca das condições de revogação da mesma, e em virtude disso surge uma controvérsia doutrinária quanto à possibilidade de a oferta ao público ser rotulada como proposta contratual. Para Luís de Lima Pinheiro, o CC Pt não teria fornecido nenhum critério para tal,⁽³⁷⁾ enquanto Ferreira de Almeida defende que a oferta ao público deve ser considerada proposta, pois aplicáveis a ela todas as normas do regime comum da proposta contratual, com a exceção disposta no nº 3 do art. 230º do CC Pt – cujo conteúdo teria determinado uma especificidade do regime: a regra geral de revogabilidade da proposta.⁽³⁸⁾

Não obstante o CC Pt não ter sido expreso quanto à oferta ao público qualificar-se como proposta ou convite a contratar – assim como o foi o CC Br e a Convenção –, é certo que o art. 230º encontra-se sob a epígrafe “irrevogabilidade da ‘proposta’”, o que já forneceria indícios quanto à sua natureza e o que viria a ser corroborado no nº 3 do mesmo artigo que prescreve o regime da revogação da “proposta” dirigida ao público. Para não restar dúvidas quanto à natureza jurídica de proposta da oferta ao público, há de se examinar ainda o nº 2 do art. 228º, cujo conteúdo determina que o disposto no nº 1 do art. 228º (relativo à duração de toda e qualquer proposta») não prejudica o direito de revogação da “proposta” quando seja ela admitida em conformidade com o art. 230º. Destarte, a oferta ao público no ordenamento jurídico português trata-se de proposta contratual, no entanto, o regime específico da revogação da oferta ao público não é a única especificidade dessa figura, haja vista que a ela não se aplica integralmente o regime

geral da proposta, devendo-se proceder a alguns ajustes (assim como mencionamos ocorrer no CC Br).

Não obstante a Convenção ter intentado esmiuçar a matéria ao máximo, ainda restou um ponto obscuro: saber se a oferta ao público necessita ser “suficientemente precisa”, assim como a proposta. Afigura-se do nº 1 do art. 14º os requisitos necessários para identificar uma “proposta contratual”, de tal forma que o raciocínio contrário levaria a crer que a declaração não suficientemente precisa não poderia ser enquadrada como proposta contratual, porém, restaria a dúvida se poderia se enquadrar como convite a contratar.

Analisando o ordenamento jurídico português, Ferreira de Almeida afirma que se afasta a existência de proposta e está-se perante um convite a contratar “se faltarem os requisitos de completude ou de adequação formal e ainda se o emitente, através de protesto, fizer saber que a sua mensagem não deve ser considerada como proposta”.(39)

Todavia, Bianca & Bonnel esclarecem, com base nos arquivos oficiais, que no oitavo encontro do primeiro comitê foi proposta uma emenda de que o requisito “suficientemente precisa” também se deveria aplicar ao convite a contratar, no entanto, quando veio a ser analisada na trigésima quinta reunião, o relator assegurou que os requisitos do primeiro parágrafo também se aplicariam ao segundo parágrafo, razão pela qual a emenda foi retirada, apesar de que, ainda durante as discussões, houve quem sustentasse que o convite a contratar não necessitaria preencher o requisito de “suficientemente precisa” quando demonstrada restasse a clara intenção de que se trataria de proposta. Seguimos entendimento de Bianca & Bonnel quando explicam que, para a clara intenção restar presente, devem todos os requisitos da proposta ser preenchidos, ainda que implicitamente (salvo o endereçamento).(40)

De acordo com o UNCITRAL, “there are no reported decisions” que aplicaram o nº 2 do art. 14.(41)

Conclusão

Proposta é a declaração unilateral de vontade que uma pessoa dirige a outra(s) com quem tenciona contratar. O convite a contratar, por outro lado, é uma declaração que indica disposição em iniciar um processo de negociação com vista à futura conclusão de um contrato. Contrariamente ao convite a contratar, quando a proposta contratual se torna eficaz, configura-se obrigatória, vinculando o proponente a cumpri-la. Exatamente em virtude da importância na diferença eficaz das figuras e nas dificuldades existentes em distingui-las é

que se buscou traçar os seus requisitos, com o intuito de afastar qualquer miscelânea.

Em todos os sistemas legais a principal diferença entre os dois – e que constitui também o principal requisito da proposta contratual – é a intenção do proponente de se vincular em caso de aceitação. Segundo a Convenção, uma oferta ao público é considerada apenas convite a contratar, salvo se houver declaração contrária expressa. No CC Br e no CC Pt, a oferta dirigida ao público equivale à proposta, e não a convite a contratar.

Referências bibliográficas

AAVV. Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos. Conceito. Fontes. Formação. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

BASSO, Maristela. Contratos Internacionais do comércio: negociação, conclusão e prática. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BENTO SOARES, Maria Ângela; MOURA RAMOS, Rui Manuel. Contratos Internacionais: compra e venda, cláusulas penais, arbitragem. Coimbra: Almedina, 1986.

BIANCA, C. M; BONELL, M. J. Commentary on the international sales law: the 1980 Vienna Sales Convention. Milan: Giuffrè, 1987.

CUNHA, Lavínia Cavalcanti Lima. Aspectos relevantes da resolução dos contratos por incumprimento nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. Relatório de Mestrado. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2006.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. v. III. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

HONNOLD, John O. Uniform Law for International Sales. 3. ed. Boston: Deventer, 1999.

LIMA PINHEIRO, Luís de. Direito Comercial Internacional. Coimbra: Almedina, 2005.

MARTINEZ, Pedro Romano. Da cessação do contrato. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MEHREN, Arthur T. von. The formation of contracts. In: International Encyclopedia of Comparative Law. v. VII. Chapter 9. Boston: [s.ed.], 1992.

ROZAS, Jose Carlos Fernandez. Derecho del Comercio Internacional. Madrid: Eurolex, 1996.

SANTOS JÚNIOR, Eduardo. Acordos intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato. In: Separata da Revista da Ordem dos Advogados. A. 57, II. Lisboa, 1997.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. Teoria Geral do Direito Civil. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

VICENTE, Dário Moura. A Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias: características gerais e âmbito de aplicação. In: Separata da obra Estudos de Direito Comercial Internacional. v. I. Coimbra: Almedina, 2004, p. 271-288.

VIGARAY, Rafael Alvarez. La resolucion de los contratos bilaterales por incumplimento. Granada: Universidad de Granada, 1972.

Notas:

* Este artigo representa parte do relatório apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito para conclusão do Mestrado em Ciências Jurídicas, perante os Professores-Doutores Luís de Lima Pinheiro e Eduardo Santos Júnior, em setembro de 2006.

1. Sobre a liberdade de contratar, vide Eduardo Santos Júnior, in Acordos intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato, in Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, 1997, p. 577, que divide a liberdade contratual em liberdade de celebrar ou não um contrato, liberdade de escolha do outro contratante, liberdade de estipulação ou de fixação do conteúdo e, por fim, liberdade de forma.

2. Neste sentido, Pedro Pais de Vasconcelos, in Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra, 2005, p. 303.

3. O conceito de “acordos intermédios” é fornecido por Eduardo Santos Júnior como aqueles que se situam entre “dois extremos – o início e o termo das negociações”, in ob. cit., p. 567.

4. Eduardo Santos Júnior prefere utilizar a expressão “clássico processo”, in ob. cit., p. 566 e 569; enquanto Ferreira de Almeida denomina-a ora de “fórmula estereotipada”, ora de “modelo clássico”, in Contratos. Conceito. Fontes. Formação. 2. ed. Coimbra, 2003, p. 81 e 83, respectivamente. Todas essas denominações poderão ser utilizadas no decorrer do trabalho com o mesmo sentido.

5. A partir de agora apenas denominada de Convenção. Seu texto traduzido em português e utilizado no decorrer deste trabalho foi retirado do livro de Maria Ângela Bento Soares e Rui Manuel Moura Ramos, in Contratos Internacionais: compra e venda, cláusulas penais, arbitragem. Coimbra, 1986, p. 446 e ss. As demais traduções para português, em que não tenha sido indicado o nome de um tradutor, são da responsabilidade da autora.

6. Esta Convenção visa à uniformização do Direito sobre a compra e venda internacional e foi realizada em 1980 em Viena. A atividade foi desenvolvida pela CNUDCI e dela eram partes, em Dezembro de 2003, sessenta e dois Estados. Portugal e Brasil, no entanto, até os dias atuais não aderiram, o que, todavia, não impede que seja aplicada pelos tribunais desses países.

O texto da Convenção pode ser conhecido em . O histórico das atividades que culminaram na Convenção, assim como um panorama sobre alguns pontos não abarcados neste estudo, pode ser encontrado em Dário Moura Vicente, in A Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias: características gerais e âmbito de aplicação, in Separata da obra Estudos de Direito Comercial Internacional. Coimbra, 2004.

7. Talvez por isso seja a matéria da formação do contrato tão desenvolvida pela doutrina, o que não ocorreria com a extinção do contrato, como lembra Pedro Romano Martinez, in Da cessação do contrato. Coimbra, 2005, p. 19.

8. Battle of the forms é o termo inglês que designa a batalha de modelos contratuais, que ocorre quando presente a troca de modelos contratuais – que contêm cláusulas contratuais gerais, cujos conteúdos podem ser diversos e até contraditórios dos modelos apresentados pela outra parte.

9. Por essa razão Ferreira de Almeida afirma que “esta sugestão de modelo único não passa de ficção”, in ob. cit., p. 81.

Jose Carlos Fernandez Rozas lembra que a Convenção não abarca uma regulamentação total da formação do contrato de compra e venda internacional, mas apenas “incorpora un tratamiento sesgado

de la misma", in *Derecho del Comercio Internacional*. Madrid, 1996, p. 306.

10. Encontrado em
<http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/digests/cisg.html>. 2004.

11. No mesmo sentido, AAVV. *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo, 2004, p. 205.

12. In *The formation of contracts*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*. v. VII. Chapter 9. Boston, 1992, p. 7.

Nesse sentido, Eduardo Santos Júnior também critica o processo clássico de formação contratual, levantando para tanto que o mesmo não mais satisfaz a criatividade nem oferece a flexibilidade requerida atualmente, para além de que no longo período de negociações se combinam complexos dados técnicos extrajurídicos com outros especificamente jurídicos e que envolvem desde os membros da direção ou administradores das empresas interessadas, a banqueiros, advogados e técnicos especializados, in *ob cit.*, p. 566/567.

13. Por se tratar de uma declaração de vontade, a proposta pode ser expressa ou tácita. A primeira apresenta-se geralmente através de linguagem escrita ou falada, enquanto a tácita decorre de comportamentos originários em atos ou omissões, mas desde que aptos a revelar a firme intenção. O art. 217º do CC português traz diferenciação semelhante e, não obstante Pedro Pais de Vasconcelos discordar da classificação dicotômica da declaração negocial em expressa e tácita adotada pelo CC Pt (haja vista que o termo "tácito" possui significado etimológico de "silencioso" e induz muitas vezes à confusão entre a declaração tácita e o silêncio), o mesmo segue aquela classificação e conceitua a declaração expressa como o "comportamento finalisticamente dirigido a exprimir ou a comunicar algo", enquanto a declaração tácita seria "o comportamento do qual se deduz com toda a probabilidade a expressão ou a comunicação de algo, embora esse comportamento não tenha sido finalisticamente dirigido à expressão ou à comunicação daquele conteúdo", in *ob. cit.*, p. 298/299.

O silêncio é a absoluta inexistência de palavras, atos ou fatos. É a inércia da parte, que se traduz pela falta de qualquer movimento ou comportamento. A regra geral é que o silêncio não pode representar uma proposta, até mesmo porque se contrária fosse a regra geraria o caos mercantil, pois todos os comerciantes que restassem inertes (a maioria), seriam considerados proponentes ainda que nada tivessem proposto. Não obstante Maristela Basso afirmar que se torna "difícil imaginarmos como o silêncio possa provocar em outro a intenção de

contratar", a autora defende que em casos excepcionais o silêncio possa vir a representar uma proposta, in *Contratos Internacionais do comércio: negociação, conclusão e prática*. Porto Alegre, 2002, p. 35-6. Não concordamos, no entanto, com essa posição, pois, ainda que se estabeleça um uso entre as partes relativamente ao silêncio, necessariamente existirá prévia declaração de vontade (expressa ou tácita) que permita que as partes entendam o silêncio como proposta.

14. Nesse mesmo sentido, Maria Helena Diniz, in *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. São Paulo, 2005, p. 58.

15. Conceitos semelhantes são fornecidos por Pedro Pais de Vasconcelos, in *ob. cit.*, p. 306, e Carlos Ferreira de Almeida, cujo conceito destaca um importante aspecto do convite a contratar: ele não deve, nas circunstâncias concretas, ser considerado como proposta contratual, in *ob. cit.*, p. 89.

16. O art. 14º da Convenção de Viena foi baseado no art. 4º do ULFC, e na Convenção de Haia de 1964 a possibilidade de oferta ao público foi bastante discutida. Bianca & Bonell relatam a evolução histórica das discussões, in *Commentary on the international sales law: the 1980 Vienna Sales Convention*. Milan, 1987, p. 132/133.

17. Com o intuito de não sobrecarregar o texto, sempre que afirmarmos que a declaração que preenche determinado requisito se trata de proposta contratual, presume-se que todos os outros requisitos restam preenchidos, pois, como se verá adiante, uma declaração que não detenha todos os requisitos não poderá ser considerada proposta tendente à conclusão do contrato.

18. No mesmo sentido, vide John Honnold, in *Uniform Law for International Sales*. 3. ed. Cambridge: Kluwer law international, 1999, p. 134, e Bianca & Bonnell, in *ob. cit.*, p. 133.

19. No mesmo sentido, vide John Honnold, in *ob. cit.*, p. 149.

20. De acordo com Bianca & Bonnell, a origem dessa expressão encontra-se na prática dos tribunais ingleses, in *ob. cit.*, p. 138.

21. Bianca & Bonnell corroboram essa assertiva, acrescentando que a quantidade pode ser indicada de qualquer forma e não necessita se limitar a utilizar as medidas mais conhecidas. Assim é que "if a prospective buyer proposes to buy 'any quantity', the quantity is thereby indicated and if the addressee answers that he is ready to sell five or 500,000 tons, this amounts to an acceptance to sell five or 500,000 tons, respectively, of the goods indicated. If, however, the

addressee declares that he is equally ready to sell any quantity, a contract has not yet been concluded because the quantity remains undetermined", in ob. cit., p. 140-1.

22. Nesse sentido, CLOUT case n. 52 [Fovárosi Biróság, Hungary, 24 March 1992], in http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/digests/cisg.html. 2004.

23. Assim também assevera Bianca & Bonnel, in ob. cit., p. 141.

24. In La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento. Granada, 1972, p. 67.

25. Essa posição condiz com a teoria legal, também defendida por nós no âmbito da resolução dos contratos por incumprimento. Vide nosso Aspectos relevantes da resolução dos contratos por incumprimento nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. Relatório de Mestrado. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2006.

26. Nesse sentido, Ferreira de Almeida assevera que, "para o efeito de obtenção do consenso, o critério de essencialidade das cláusulas não é objectivo e não tem de ser bilateral; é subjetivo e pode ser unilateral, embora a sua verificação seja produto dos cânones da interpretação", in ob. cit., p. 82.

27. In ob. cit., p. 134.

28. Neste sentido, vide Bianca & Bonnel, que ainda explicam que esse requisito "points to a state of mind which often cannot be fully ascertained", in ob. cit., p. 139.

29. Decisão avaliando a conduta da parte após a celebração do contrato: CLOUT case n. 215 [Bezirksgericht St. Gallen, Switzerland, 3 July 1997]. Retirado de http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/digests/cisg.html. 2004.

30. In ob. cit., p. 139/140.

31. O que também ocorreria se a mercadoria exigisse especificações outras para além da identificação e quantidade, como uma cor ou tamanho, por exemplo. Nesse sentido, Bianca & Bonnel, in ob. cit., p. 140.

32. Nesse sentido, CLOUT case n. 215 [Bezirksgericht St. Gallen, Switzerland, 3 July 1997], que determinou que a interpretação da intenção há de ser realizada nos termos dos nos 1 e 2 do art. 8 da

Convenção, in
<http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/digests/cisg.htm>.

33. Ferreira de Almeida utiliza os termos “firme” e “completa”, contudo, ainda menciona a “forma adequada” como requisito da proposta, apesar de posteriormente admitir dificuldades na aplicação desse requisito nomeadamente em três aspectos: 1. nem sempre se aplicam a ambas as declarações, podendo eventualmente ser exigida nas declarações de aceitação, e não nas de proposta; 2. quando a própria proposta se distribua por mais do que um enunciado, a exigência de forma pode não se reportar a todos os elementos; e 3. por ser demasiado simplista recusar qualquer efeito à “proposta informal” apenas por não se revestir da forma apropriada ao contrato a que se refere. Não corroboramos do entendimento deste autor de que a proposta deve ser solenemente adequada, pois para além de todos os argumentos traçados pelo mesmo, ainda suscitamos que a solenidade apenas é requisito de alguns contratos e somente quando a lei assim o estabelece, pois nenhuma proposta perderá seus efeitos jurídicos se não for solene.

34. Lembra Ferreira de Almeida que apenas vislumbrar o convite a contratar enquanto figura de efeitos negativos (por não produzir efeitos jurídicos vinculatórios) trata-se de visão limitada, haja vista que o mesmo também dispõe de efeitos positivos “em matéria de formação complexa das declarações contratuais, de responsabilidade pré-contratual e de interpretação do contrato”, in ob. cit., p. 89.

35. Em suas palavras expõe as razões para tal: “a consciência do valor negocial das declarações, a atendibilidade dos usos e das circunstâncias e os cânones de interpretação não devem ser apreciadas, só porque o declaratório é o público, segundo perspectivas e critérios diferentes dos que se aplicam às propostas com declaratório determinado”, in ob. cit., p. 91.

36. Nesse sentido, cfr. Maria Helena Diniz, in ob. cit., p. 59.

37. In Direito Comercial Internacional. Coimbra, 2005, p. 269.

38. In ob. cit., p. 91.

39. In ob. cit., p. 89. Segundo este autor, como no ordenamento jurídico português a oferta ao público trata-se de proposta, deve cumprir os mesmos requisitos exigidos para tal e possuir um “projeto completo”, pois d’outra forma não haveria proposta ao público “porque não há proposta”, in ob. cit., p. 91.

40. In ob. cit., p. 143. Ainda defendendo tratar-se de requisito da oferta ao público ser “suficientemente precisa”, vide Luís de Lima

Pinheiro, in ob. cit., p. 269, e Bento Soares e Moura Ramos, in ob. cit., p. 50.

41. Disponível em:

<